العنوان:	الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان
المصدر:	مجلة الفقه والقانون - المغرب
المؤلف الرئيسي:	حامد، إبراهيم التجاني إبراهيم
المجلد/العدد:	ع31
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2015
الشهر:	مايو
الصفحات:	50 - 59
رقم MD:	670987
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القرآن الكريم، آية اللعان، إثبات النسب، البصمة الوراثية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/670987

الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان



إبراهيم التجاني إبراهيم حامد

باحث جامعي من السودان الشقيق

حاصل على دكتوراه في القانون الخاص

جامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس

يثور الجدل بين الفقهاء المعاصرين حول صحة العمل بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب ونفيه، حيث يرى بعضهم أن الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان وآخرون يرون أنها لا تتعارض مع آية اللعان، وبناء على ذلك سوف نتعرض للخبرة الطبية وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيها (الفرع الأول)، ثم اللعان وشروطه (الفرع الثاني)، ثم الخبرة الطبية في التشريع المغربي (الفرع الثالث)، لنرى ما إذا كانت الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان أم لا.

الفرع الأول : الخبرة الطبية وسندها الشرعي :

الخبرة الطبية أو البصمة الوراثية من القضايا الحديثة والمستجدة ولذلك لم يعرفها الفقهاء السابقون، كما لم يعرفها المشرع المغربي، ومع ذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريفها وإيجاد دليل شرعي لها، قياسا لها على ما يشابهها من وسائل إثبات النسب المعمول بها عند الفقهاء.

فقد عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثانية عشرة سنة1998 بقولها: "البصمة الوراثية وهي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية"[1]، وعلاقة البصمة الوراثية بالخبرة الطبية هي كون أن الذي يقوم بهذا التحليل هم الأطباء المتخصصون، وما دامت الخبرة الطبية متعلقة بمجال الطب فإنه يصدق عليها مسمى الخبرة الطبية[2]، وعلماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع، أي نسبة100%، أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى

[1] - سعد الدين مسعد هلالي، القضايا الطبية المستحدثة، ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 2004م، ص95.

[2] - محمد المهدي، تأملات حول نفي نسب الطفل في ضوء المادة153من مدونة الأسرة، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد2، أبريل2011، ص114.

قريب من القطع، وذلك بنسبة 99،999% [1]، وطريقة معرفة ذلك أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس، من البول أو الدم أو الشعر أو المني أو العظم أو اللعاب أو خلايا الكلية أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها، وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات- أي صبغيات – تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات، فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت أن بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثة له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية، فيحكم له عندئذ بأبوته له، أو يقطع بنفي أبوته عنه لعدم تشابههما في شئ من هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بنفي أبوته له، وكذلك الحال بالنسبة للأم[2] .

ومن خلال التجارب الطبية وأهل الاختصاص في هذا المجال ثبت أن الخبرة الطبية وسيلة قاطعة في إثبات النسب ونفيه، وذلك بنسبة لا تحتمل العكس، فما موقف فقهاء الشريعة من هذه الوسيلة الحديثة ؟

الخبرة الطبية بما أنها وسيلة حديثة شأنها في ذلك شأن غالب القضايا التي تكتشف عند غير المسلمين ثم تصل المسلمين وهم غير عالمين بحقيقتها فيدور الخلاف حولها، ثم تبدأ الرؤية تتضح شيئا فشيئا، ولذلك اختلف الفقهاء المعاصرون حول العمل بالخبرة الطبية في مجال الأنساب، وأغلبية المجامع الفقهية والفقهاء المعاصرين اليوم يجيزون العمل بها في حالات محددة سوف نذكرها، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى جواز العمل بها في اثبات النسب ونفيه وحلولها محل اللعان[3]، معللين لذلك بأن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته، وحيث إن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج، فإنها تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية[4].

وعند النظر في الشريعة الإسلامية نجد أنها لم تحصر البينات في وسائل محددة وإنما فتحت الباب واسعا أمام كل بينة تظهر الحق، كما أسلفنا في قول ابن قيم الجوزية في معنى البينة.

ولا شك أن البصمة الوراثية بينة من البينات بل هي من أقوى البينات، لأن البينة والإقرار خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب والخطأ والنسيان[5]، ولذلك قال الله جل شأنه: {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرىِ}[6].

---

[1] - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان- الأردن،ص 46.

[2] - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، دار الفضيلة، الرياض، 2002م، ص 13.

[3] - من القائلين بالأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان، الدكتور يوسف القرضاوي، رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، والشيخ محمد المختار السلامي، مفتي تونس سابقا، أما مجمع الفقه الإسلامي، والدكتور وهبة الزحيلي، ومفتي مصر السابق الدكتور نصر فريد فهم من القائلين بالعمل بها في مجالات محددة، قياسا على القيافة.

مركز ابن إدريس للدراسات الفقهية، البصمة الوراثية، العدد1، 2007م، النجف، ص. ص13-15.

[4] - عمر بن محمد السبيل، م س، ص42.

[5] - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س، ص12.

[6] - القرءان الكريم، سورة البقرة،الآية 282.

كما أن الفقهاء قبلوا إثبات النسب بقول القائف[1]، وهو قول مبني على الظن الغالب، وليس على الحقيقة المحضة، وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله في حديثه عن الحكم بالقرائن والأمارات: "ومن ذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده رضى الله عنهم بالقافة وجعلها دليلا من أدلة ثبوت النسب وليس هاهنا إلا مجرد الإمارات والعلامات"[2].

وإذا صح إثبات النسب بقول القائف المبني على الفراسة والظن والشبه، فإن الخبرة الطبية تعتبر تطورا لهذا العلم في اتجاه الدقة واليقين، وفي ذلك جاءت توصية الندوة الفقهية حول الوراثة والهندسة الوراثية ما نصه: " البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى الى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى"[3].

إذن الاعتراف بالخبرة الطبية باعتبارها بينة من البينات أمر يكاد يجمع عليه الفقه المعاصر، فماهي مجالات العمل بها؟

حتى لا تتصادم الخبرة الطبية مع الوسائل المعروفة شرعا لإثبات النسب ونفيه، حدد مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في قراره مجالات العمل بالخبرة، وتتمثل هذه المجالات في الآتي:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب اشتراك في وطء شبهة ونحوه.

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب أو غيرها[4].

وإذا كانت البصمة الوراثية اعتبرها المجمع الفقهي بمثابة القيافة المتطورة وأن عملها محصور في مجالات القيافة، وهي الحالات السابقة، فإن ذلك يعني عدم العمل بها إذا كان النسب ثابتا بالفراش الصحيح والإقرار الصحيح والبينة الصحيحة.

وتعتبر هذه الفتوى اجتهادا فقهيا معاصرا له مكانته في الواقع العملي، تستفيد منه الأسرة والطفل، ومع ذلك لا بد من المزيد من البحث في هذه المسألة، لأن وسيلة النسب قد تثبت ولكن يستحيل عقلا أو عادة أن يكون هذا الطفل من ذاك الشخص المنسوب إليه، فينبغي أن يصار إلى ما هو أقوى في الدلالة على حقيقة الثبوت، وليس التمسك بالنص حيث إن محله في هذه الحالة يعتبر غير موجود، وتلك هي مقاصد الشريعة التي جاءت من أجل

---

[1] - القائف في اللغة : هو متتبع الآثار، وشرعا من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك، والأصل فيه خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: "الم تري أن مجزز المدلجي دخل على فرأى أسامة و زيدا عليهما قطيفة قد قطيا بها رؤسهما وقد بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض؟" فاقراره على ذلك يدل على أن القافة حق.

الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، م س، ص 646.

وتخريج الحديث في فتح البارئ شرح صحيح البخاري، ج 12، دار المعرفة، بيروت 1379هـ، ص57.

[2] - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س، ص 22.

[3] - محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006م، ص123.

[4] - عمر بن محمد السبيل، م س،ص.ص 49 – 50.

مصلحة العباد في العاجل والآجل، كما يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: "الإقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه أبدا، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه لانعقاد سبب التهمة، واعتمادا على قرينة الحال في قصده في تخصيصه، وقد حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه رضي الله عنهم برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد"[1].

والأصل أن حد الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهداء، فهل العمل بخلاف النص فيه تعطيل للنص كما يقول بذلك الرافضون للعمل بالخبرة الطبية؟ حاشا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب.

وخلاصة القول أن الخبرة الطبية أجاز العمل بها الكثير من فقهاء الشريعة المعاصرين خاصة في مجال الإثبات، وتم الاختلاف حول الأخذ بها في نفي النسب، بحجة أنها تتعارض مع اللعان، ومع ذلك تبقى لهذه الوسيلة مزاياها الضرورية لحماية الطفل، ومن هذه المزايا نذكر المزايا التي ذكرها الشيخ محمد التأويل حفظه الله وهو من علماء المغرب القائلين بعدم الأخذ بالخبرة الطبية في نفي النسب، وقد ذكر عددا من هذه المزايا وهي: الحد من الخيانة الزوجية أو التقليل منها على الأقل في صفوف الزوجات غير العفيفات، حيث تخاف العار والفضيحة لها ولولدها وأهلها، وما يتبع ذلك من آثار سلبية عليها، وحماية المرأة وبصفة خاصة الفتيات من الاغتصاب واستغلال عفتهن أو حاجتهن للعبث بهن ثم التنكر لهن بعد إحبالهن، وأنها تحد من ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم، وأنها تمكن الطفل من حقه في أن يكون له أب ينسب إليه ويحميه من التشرد والضياع.

أما الحجج التي اعتمد عليها لرفض العمل بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه، فهي تتمثل في كون الخبرة مظنونة أي ليست يقينية، وأنها تعارض آية اللعان[2].

وإذا تبين لنا أن البصمة الوراثية أو الخبرة الطبية هي وسيلة أجاز العمل بها في إثبات النسب أو نفيه الكثير من الفقهاء المعاصرين، ورفضها بعضهم بحجة أنها تتعارض مع آية اللعان، فما هو اللعان وهل فعلا الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان؟

---

[1] - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س،ص. ص 9، 11.

[2] - هذه الايجابيات التي ذكرها العلامة محمد التأويل أوردها الأستاذ محمد المهدي في مقال له بعنوان تأملات حول نفي نسب الطفل في ضوء المادة 153من مدونة الأسرة، منشور بالمجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد2،أبريل 2011، وذكر له في نفس المقال مبرراته في القول بعدم جواز الأخذ بالخبرة الطبية، وهي :

- النتائج الايجابية المترتبة عن الخبرة الطبية كلها محتملة غير محققة الوقوع ولا مضمونة الحصول.

- وأن الحدود الشرعية كفيلة بتحقيق تلك النتائج كما يؤكد ذلك الواقع الإسلامي وتاريخه النظيف فإن جرائم الخيانة التي أفرزت أطفالا غير شرعيين لم تظهر في المجتمعات الإسلامية إلا بعد تعطيل الحدود وانتشار ثقافة الحداثة والانحلال وتقلص ثقافة العفة وانحسارها.

- وأن الأخذ بالخبرة الطبية مخالف للشريعة الإسلامية نصا وروحا وشكلا ومضمونا مستشهدا على ذلك بكون اية الملاعنة الواردة في سورة النور قطعية الدلالة ولذلك يجب الاحتكام إليها في حال إنكار الزوج ولده منتهيا إلى أن الاستغناء عن اللعان واستبداله بالخبرة الطبية هو بدعة منكرة ومخالفه واضحة لكتاب الله وتجاوز سافر لحكمه وإعراض عنه. ص 116، من نفس المجلة.

ومع احترامنا لشيخنا الجليل، فإننا لا نرى أن الخبرة الطبية تعارض اللعان، لأن عدم العمل بالنص ليس بالضرورة تعطيل للنص، فقد أوردنا ما ذكره ابن قيم الجوزية، من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أخذ بالقرائن في مسألة الحامل وأقام عليها الحد مع أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود، وكذلك الفقهاء، قالوا بعدم صحة لعان المجبوب والخصي والصغير، للتيقن من أنه لا يمكن أن يكون الولد من هؤلاء، فهل هذا تعطيل للنص؟

الفرع الثاني : اللعان وشروطه :

نص المشرع المغربي على اللعان1 في المادة 153من مدونة الأسرة، باعتباره وسيلة لنفي النسب، إلى جانب الخبرة الطبية، وترك تعريفه وشروطه وكيفية إجرائه للفقه الإسلامي، مما يجعلنا نرجع إلى كتب الفقه لمعرفة هذه الشروط بالنسبة للمشرع المغربي[2].

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن اللعان له شروط عامة تتعلق باجراء اللعان بشكل عام، وشروط خاصة تتعلق بنفي النسب بشكل خاص.

فالشروط العامة للعان هي أن يكون الزوجين مسلمين بالغين عاقلين ناطقين غير محدودين عند أبي حنيفة، وأن تكون علاقة الزوجية بينهما صحيحة وقت القذف، وعند المالكية سواء أكان الزواج صحيحا أم فاسدا، وعند الحنفية لا يكون اللعان بعد الطلاق البائن وطلاق الثلاث والنكاح الفاسد3.

وأن تكون الزوجة عفيفة فإن سبق زناها أو نكحت ولو بالشبهة لا يصح اللعان عند الحنفية4.

و أن يكون القذف برؤية الزنا أو بنفي الحمل عند المالكية5، وعند الحنفية لا يشترط لفظ رؤية الزنا بل الاتهام بلفظ الزنا، وفي نفي الولد أن يقول: هذا الولد من الزنا، فإن قال: هذا الولد ليس مني لا يعتبر قذفا، ولا يقام اللعان لجواز أن يكون الولد من غيره6.

و أن تطلب الزوجة من القاضي إجراء اللعان في نفي الزنا7، لأنه حقها، به تدفع العار عن نفسها، فلا بد من طلبها كسائر الحقوق8.

---

[1] - اللعان في اللغة : يعني الطرد والإبعاد، وفي الاصطلاح : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه والحق العار به أو إلى نفي ولد، وفي تعريف آخر: حلف زوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن وجب نكولها حدها بحكم قاض.

الشربيني،ج 3، م س،ص 481، والعبدري، ج 1، م س،ص380.

ودليل مشروعية اللعان هو قوله تعالى(والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكذبين، ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكذبين و الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين).

القرءان، سورة القرءان الكريم، سورة النور من الآية 6- 9.

ومن السنة ، ما أخرجه البخاري في صحيحه، "أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجل أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسالة التي سألته عنها قال عويمر والله لا انتهي حتى اسأله عنها فاقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجل أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (قد انزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فات بها) قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم".

صحيح الإمام البخاري، ج 5، م س، ص2033.

[2] - لا شك أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة المنصوص عليها شرعا لنفي النسب الثابت، وتنظيم هذه الوسيلة في التشريع الوضعي أمر حسن نسبة لأهميتها وما تمسه من أعراض وأنساب، ولذلك نرى أن على المشرع المغربي أن ينظم القواعد التي تحكم اللعان داخل تشريعه، لأن اللعان ركن أصيل في أحكام الأسرة.

[3] - الأبي الأزهري، جواهر الإكليل، ج1، م س، ص 380، الكاساني،ج 3، م س،ص241.

[4] - الكاساني، ج 3، م س،ص 41.

[5] - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، م س،ص 658.

[6] - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2، م س، ص 590.

[7] - إذا كان إجراء اللعان لنفي النسب فان طلب إجراء اللعان يكون من حق الزوج أيضا لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه، انظر: رد المحتار على الدر المختار، ج 2ص 586،

[8] - ابن الهمام، ج 4، م س، ص 251.

أما الشروط الخاصة باللعان لنفي النسب فعند الحنفية لا يكون اللعان لنفي النسب، وإنما الأصل أن اللعان يكون لدرأ الحد ونفي النسب يكون تبع لذلك[1]، وعند المالكية يمكن أن يكون اللعان لنفي النسب استقلالا[2]، ويشترط الفقهاء بالإضافة إلى الشروط السابقة إذا كان اللعان لنفي النسب الآتي :

أن لا يكون الملاعن قد أقر بالولد صراحة أو ضمنا، وأن ينفي الحمل أو الولد فور العلم به، فإن تأخر ولو يوما لا يصح له النفي عند المالكية[3]، وعند الحنفية، يكون اللعان بعد الولادة[4]، وينفيه في خلال يوم أو يومين، وفي رواية رواية لهم سبعة أيام، ورواية أخرى أربعين يوما[5]، و أن لا يطأ زوجته بعد علمه بالحمل أو رؤية الزنا[6]، و أن تلده لأكثر من ستة أشهر من وقت رؤية الزنا، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الرؤية لحق به، للعلم بأنها كانت حاملا قبل الاتهام بالزنا، بشرط أن يكون أكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد، أما إذا كان الوضع لأقل من ستة أشهر فلا يلحق به النسب وينتفي بدون لعان، وأن لا يكون الزوج مجبوبا أو خصيا أو صغيرا، وأن لا يثبت عدم التلاقي بينهما، جاء في الذخيرة: "إنما يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج أما إذا لم يمكن إما لقصر المدة عن ستة أشهر أو لطول المسافة بين الزوجين أو لصباء الزوجين أو لصباء الزوج أو لا يولد له فلا يلاعن ويلحق الولد لباقي الأنثيين إن كان يولد لمثله"[7].

هذه الشروط الفقهية الموضوعة لإجراء اللعان تبين لنا الأحوال التي يجري فيها اللعان والتي لا يصح فيها اللعان، والهدف من عرض هذه الشروط معرفة موقع الخبرة الطبية من هذه الشروط هل يعمل بها في نفس المجال أم أن لها مجالا آخر، فهذه الشروط تبين على أن اللعان له شروط جد ضيقة لا تتوفر في كثير من الحالات، وفي المقابل أيضا وضع المشرع المغربي شروطا للعمل بالخبرة الطبية فمتى يتم العمل بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه في التشريع المغربي؟

---

[1] - الكاساني، ج 3، م س،ص 46.

[2] - القرافي، الذخيرة،ج4،م س،ص285.

[3] - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، م س، ص 668.

[4] - العيني، ج5، م س، ص384.

[5] - الكاساني،ج 3، م س، ص 246.

[6] - الدسوقي، ج2، م س، ص 260، الشربيني، مغني المحتاج 3، م س، ص489.

[7] - القرافي، الذخيرة،ج 4، م س،ص 285.

الفرع الثالث : الخبرة الطبية في التشريع المغربي :

إن اعتماد الخبرة الطبية في التشريعات القانونية المنظمة لقواعد النسب قد يعني لدى البعض أن هذه الخبرة تزاحم وسائل شرعية ثابتة شرعا وربما تعارضها، وهذه النظرة جعلت التشريعات العربية تتباين مواقفها حول الأخذ بالخبرة الطبية في مجال اثبات النسب أو نفيه، فبعض التشريعات العربية لم تعر أي اهتمام للخبرة الطبية حيث لم تأخذ بالخبرة الطبية لا في مجال اثبات النسب ولا في نفيه، كالمشرع السوداني واليمني[1]، وبعضها أخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب دون نفيه كالمشرع الجزائري[2] والتونسي[3]، وبعضها أخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه كالمشرع كالمشرع المغربي والاماراتي[4].

إذن يعتبر التشريع المغربي من التشريعات العربية القليلة التي أخذت بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه، حيث أنه من ضمن المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة المغربية في تعديلها الأخير اعتماد الخبرة الطبية أو البصمة الوراثية التي تعتبر تطورا تشريعيا هاما يصب في مصلحة حماية الطفل، والتقليل من أعداد الأطفال مجهولي النسب.

وكان القضاء المغربي قبل النص على هذه الخبرة الطبية لا يعترف بها كوسيلة من وسائل نفي النسب[5]، وقد نص المشرع المغربي على هذه الخبرة الطبية في المادة 153من مدونة الأسرة بقوله: " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

ونص في المادة 158على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

حاول المشرع المغربي التوفيق بين هذه الوسيلة ووسائل إثبات النسب ونفيه المعمول بها فقها، ولذلك وضع للعمل بهذه الخبرة شرطين راعى فيهما عدم التعارض وخطورة هذه الخبرة حتى لا تستغل في غير موضعها.

فالشرط الأول إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه، والشرط الثاني صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

---

[1] - نص المشرع اليمني على الوسائل التي يثبت بها النسب في الموادمن 121 إلى 134 من قانون الأحوال الشخصية اليمني لسنة 1999، وحدد المشرع اليمني الوسائل التي يثبت بها النسب في الفراش والاقرار والشبهة، أما نفي النسب فنص عليه المشرع اليمني في المادة 110من نفس القانون وحصر نفي النسب في اللعان دون غيره .

[2] - نص المشرع الجزائري على العمل بالخبرة الطبية في اثبات النسب في المادة 40من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005بقوله:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33و 34من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وبالنظر لهذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء الى الخبرة الطبية على سبيل الاستثناء، وفي اثبات النسب دون نفيه.

[3] - نص المشرع التونسي على الأخذ بالخبرة الطبية في اثبات النسب في القانون رقم 75المؤرخ في 1998/10/28، والمتعلق باسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، وجاء في المادة الأولى من هذا القانون على أنه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب اسناد لقب الأب للطفل الذي ثبت بالاقرار او بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

[4] - نص المشرع الاماراتي على الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب في المادة89من قانون الأحوال الشخصية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 28لسنة 2005 بقوله: "يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش".

ونص على امكانية اللجوء الى الخبرة الطبية لنفي النسب في المادة 97فقرة 5من نفس القانون بقوله:"للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك".

[5] - ذلك ما يؤكده قرار صادر عن محكمة النقض المغربية والذي جاء فيه:

" حيث إن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب وانه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتدا برأيهما فيما يرجع لنفي النسب استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب".

محكمة النقض المغربية، قرار بتاريخ 9/فبراير1982، مجلة المحاكم المغربية، عدد مزدوج، يناير، فبراير، 1997، مارس، ابريل، ص 35.

فما معنى الدلائل القوية كشرط لإجراء الخبرة الطبية؟ وهل الخبرة الطبية بهذين الشرطين يمكن أن تحل محل اللعان؟

الدلائل القوية كما فسرها القضاء المغربي هي أن يدلي الزوج المعني بالأمر مثلا لنفي النسب بشواهد طبية تثبت عقمه، أو بمحاضر الضابطة القضائية تفيد بأن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو يتأكد أن الغير اتصل بها عن طريق الشبهة، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة، أو يقوم لديها شك في إمكانية الاتصال بين الزوجين، أو يحصل اختلاط مولودين داخل مستشفى الولادة مثلا ويتعذر التأكد من هويتهما بوسائل أخرى، وبالتالي من نسبهما ما دام ان لذلك النسب حرمته[1].

إذن هذه مجالات الخبرة الطبية، فهل يعمل باللعان في نفس هذه المجالات حتى نقول بأن الخبرة الطبية تتعارض مع اللعان؟

وضحنا شروط اللعان في الفقه الإسلامي، وهي لا تنطبق على هذه المجالات، بمعنى أن في هذا الشرط ليس هناك أي تعارض بين الخبرة الطبية واللعان.

وأول الدلائل القوية وفقا لتفسير القضاء والفقه المغربي الإدلاء بوثائق طبية تثبت عقم الزوج، و في اللعان يشترط الفقه أن لا يكون الزوج عقيما، فإن كان كذلك لا يصح اللعان، وعلى العكس من ذلك تصح الخبرة الطبية إذا أتي الزوج بوثائق تثبت عقمه، فلا تعارض بين اللعان والخبرة الطبية في هذه المسألة، ولربما يقول قائل إن النسب في حالة العقم غير ثابت أصلا، نعم غير ثابت، ولكن لا بد أن يثبت العقم عن طريق الأطباء، وأن يكون العقم سابقا على الحمل، لأن باستطاعة الرجل أن يعقم نفسه بحقنة ثم يدلي بما يفيد بأنه عقيم، وإذا أتاح لنا العلم الحديث ما يرفع عنا الحرج، ويضع حدا لمثل هؤلاء الذين فسدت زممهم فلم لا نأخذ به، خصوصا وأن استخدام الخبرة الطبية في هذه الحالة ما هو إلا مزيد استيثاق ومن باب الحرص على حماية النسب.

والدليل الثاني من الأدلة القوية التي تشترط لأجراء الخبرة الطبية تعاطي الزوجة للخيانة الزوجية، ومن الشروط الفقهية لإجراء اللعان عفة الزوجة، أي أن لا يسبق لها زنا، إذن في هذه الحالة لا يكون هناك لعان، فهل تترك أم ينفى الولد لمجرد حصول الزنا؟ لأن الزنا ليس من ضرورته الحمل، كما أن الزنا ليس من وسائل نفي النسب الثابت بالفراش[2]، فاستعمال الخبرة هنا فيه حماية للنسب وتخويف لمن يقدم على مثل هذه الأفعال، فهذا أيضا مجرى مختلف، ولا تعارض بين الوسيلتين.

أما الدليل الثالث من الأدلة القوية فهو الاتصال عن طريق الشبهة، وقد ذكرنا أن من شروط اللعان عند الحنفيةأن لا يحصل اتصال بالشبهة بالزوجة، فإن سبق لها اتصال بالشبهة فلا لعان بينهما، وكذا عند الشافعية لا لعان في حالة الشبهة، قال الشيرازي: **"**وإن كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطئ عرض معهما على القافة، ولا يلاعن لنفيه، لأنه يمكن نفيه بغير لعان، وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان**"**[3]،

[1] - هذا ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بتارودانت، بتاريخ2008/3/24 ملف عدد 311/0 07، المنتقى من عمل القضاء ص 253.

[2] - هذا يؤكده قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 19، أكتوبر، 2005، وجاء فيه : "لكن حيث انه لما كان الفراش حجة قاطعة على ثبوت الحمل الناتج عنه ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان أو الخبرة الطبية إذا توفرت شروطهما، وكان البين من أو راق الملف أن البنت المطعون في نسبها قد ازدادت على فراش الطالب الذي لم يتقدم بطلب اللعان إلا بتاريخ 81/10/8، وبعد مرور اكثر من ثلاثة اشهر من تاريخ العلم بالحمل الثابت بتاريخ 81/6/3، وأثناء فحص المطلوبة في النقض من طرف الطبيب فان المحكمة كانت على صواب لما ردت طلب اللعان لفوات اجله ولم تلتفت إلى الحكم الجنحي الصادر بإدانة المطلوبة بجنحة الخيانة الزوجية لعدم تأثيره على قرينة الفراش مما كانت معه الوسيلتان بدون أساس".

مجلة المناهج، م س، ص 216.

[3] - الشيرازي ،المهذب،ج4، م س، ص446.

فيبقى المجال للخبرة الطبية وقد علمنا أن المجامع الفقهية المعاصرة أجمعت على العمل بالخبرة الطبية في كل مجال تدخل فيه القيافة.

أما الدليل الرابع من الأدلة القوية التي تعتمد لاجراء الخبرة الطبية فهو اختلال مدة الحمل[1]، ومن شروط اللعان أن يكون الحمل داخل المدة القانونية، فإن كان خارج المدة لا يثبت، وإن كانت ثابتة لا ينفى إلا باللعان، فما الحكم إذا لم تتبين بداية الحمل أو وضعه؟ هنا تكون الخبرة الطبية مرجحة.

والدليل الخامس الشك في إمكانية الاتصال بين الزوجين، من شروط اللعان أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكنا، فإذا شككنا في الاتصال لا يصح إجراء اللعان، وهنا أيضا تكون الخبرة الطبية مرجحة.

أما الدليل السادس فهو اختلاط المواليد داخل المستشفى، وهذه ليست من مسائل اللعان وإنما تتعلق بتعيين المولود، وهذه تثبت بشاهد واحد ذكرا كان أو أنثى عند الحنفية، وبشهادة امرأتين عند المالكية، وإذا لم يتوفر ذلك يمكن أن يثبت بالقيافة، وقد أجازت المجامع الفقهية العمل بالخبرة الطبية في كل ما يثبت بالقيافة، بل الخبرة الطبية تقدم على القيافة، لأن القائف يعتمد على الظن الغالب والخبرة تعتمد على القطع.

أما الشرط الثاني من الشروط التي وضعها المشرع المغربي لإجراء اللعان فهو صدور أمر قضائي بالخبرة الطبية، فليس كل خبرة طبية يمكن أن تثبت النسب أو تنفيه، وإنما الخبرة الطبية التي ينفى بها النسب هي الخبرة الطبية الصادر الأمر بها من القضاء، وبشرط أن تكون هذه الخبرة قاطعة، وقد ثبتت قطعية هذه الخبرة أي نسبة100% في حالة الإثبات، و999، 99 % في حالة النفي، ويجب أن يجرى التحليل بواسطة أطباء متخصصين، وأن لا يشوبها غش أو تلويث، أو أي خطأ من نوع آخر، وهذا الشرط يتوافق مع الشروط التي وضعها مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، والتي من ضمنها أن تمنع الدولة إجراء الفحص إلا بواسطة القضاء[2].

وهذا ما نجده في التطبيق العملي للقضاء المغربي حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2006/6/22، ما يلي :

"... وحيث إنه أمام إنكار المدعى عليه للحمل الذي ظهر بالمدعية ونفيه أن يكون قد عاشرها، لجأت المحكمة إلى إجراء خبرة جينية على الحامض النووي باعتبارها وسيلة شرعية في إثبات النسب، عهد للقيام بها لمختبر التحليلات الجنينية للدرك الملكي بالرباط، الذي خلص في تقريره المؤرخ في 2006/4/19 إلى أن المدعى عليه يعد بحق الأب البيولوجي للمولود المسمى... بنسبة 9999، 99%"[3].

ومن خلال هذه الشروط التي ذكرناها للخبرة الطبية وما اشترطه الفقهاء لإجراء اللعان بان لنا أن اللعان والخبرة الطبية طريقان يختلفان في أكثر شروطهما، إلا أنه مع ذلك لم يشترط المشرع المغربي عدم التعارض بينهما، وإنما ترك الخيار للمدعي لاختيار الوسيلة التي يراها مناسبة مع مراعاة شروط كل من الوسيلتين.

وفي هذه الحالة أيضا لا نرى تعارضا بين الخبرة الطبية واللعان، وقد ذكرنا أن من الفقهاء المعاصرين من أجاز العمل بالخبرة والاكتفاء بها عن اللعان، لأنه إذا ثبت قطعا عدم إمكانية نسبة الولد أو ثبت النسب بطريقة قاطعة

---

[1]- لا نقصد باختلال الفراش الولادة خارج مدة الحمل، أو عدم توفر إمكانية الاتصال، أو عدم وجود فراش، وإنما اقصد عدم ثبوت هذه العناصر بشكل واضح، أو الشك في توفرها، وفي هذه الحالة يسقط اللعان، كما أن النسب لا ينفى، وفي شأن اختلال الفراش بعدم معرفة تاريخ الفرقة والعقد، جاء في المهذب للشيرازي : " وان لم يعرف وقت طلاق الأول ووقت نكاح الزوج، فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لان الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب فان حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان، الشيرازي ج4، م س، ص 447.

[2]- البصمة الوراثية، مركز ابن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، م س، ص 30.

[3]- المحكمة الابتدائية بتازة، بتاريخ2006/6/22 ملف عدد5/1112، المنتقى من عمل القضاء، م س، ص 265.

هنا يكون اللعان لا محل له، ولذلك منع الفقهاء صحة لعان المجبوب والخصي والصغير للقطع بأنه لا يمكن أن يكون الولد منهما.

وإذا كان الفقهاء اشترطوا فورية اللعان أي الملاعن عليه أن ينفي الحمل فور العلم به، فما هو الحكم بالنسبة للخبرة الطبية هل يشترط فيها نفي الحمل مجرد العلم به؟

لم يحدد المشرع المغربي لإجراء الخبرة أجلا محددا أي أن الذي يطالب بإجراء الخبرة الطبية له أن يطالب بهذا الإجراء ولو تأخر في طلبها بعد علمه بالحمل أو الولد، ذلك ما يؤكده قرار محكمة النقض المغربية بتاريخ 2006/9/27، الذي جاء فيه:

" إن المادة 153 من مدونة الأسرة لم تشترط مدة معينة لممارسة دعوى نفي النسب بواسطة خبرة قضائية تفيد القطع، لذلك فإن المحكمة التي رفضت الطلب بعلة أنه عاد إلى المغرب وزوجته حامل في شهرها الثامن وسكت عن ذلك ولم يمارس دعوى اللعان ونفي النسب، داخل الأجل المقرر شرعا، لم تقم قضاءها على أساس سليم"[1].

---

[1] - محكمة النقض قرار بتاريخ2006/9/27، الملف عدد391، 2005/1/2، المنتقى من عمل القضاء، م س، ص 224.